Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

VIII.

Civiliſtiſche Bemerkungen.

Von

Herrn Dr. Fitting,
ordentl. Profeſſor in Baſel.

I.

Wie werden vermachte eigene Sachen des Erblaſſers von Seite des Vermächtnißnehmers erworben?

§. 1.

Wenn Jemand beſtimmte einzelne, ihm gehörige Sachen, z. B. ſein Haus, ſeinen Garten, ſeine Jagdflinten u. dgl. vermacht: ſo war bisher bekanntlich ganz allgemein angenommen, der Vermächtnißnehmer erwerbe daran das Eigenthum ſofort und ipso iure im Augenblicke des Erbſchaftsantrittes, ohne daß es einer beſondern Erwerbhandlung bedürfe, und ohne daß er nur von dem Vermächtniß unterrichtet zu ſein brauche. Doch werde ihm dasſelbe freilich nicht aufgedrungen, er könne es ablehnen, und wenn dies geſchehe, ſo werde nun alles ſo angeſehen, als hätte er das Eigenthum gar niemals überkommen. Man wußte zwar aus Gaius (II, 195, 200), daß urſprünglich keineswegs alle römiſchen Juriſten die Sache ſo aufgefaßt, daß vielmehr jenes nur die Meinung der Sabinianer geweſen, während die Proculianer bei dem Vindicationslegat eine beſondere Annahmserklärung von Seite des Legatars erfordert und erſt in Folge davon das Eigenthum an ihn hatten übergehen laſſen. Allein man war allgemein der Anſicht, daß ſpäter die Meinung der Sabinianer zur Herr-

schaft und praktischen Geltung gelangt, und daß namentlich nur sie in das Justinianeische Recht übergegangen sei[1]).

Wie ungetheilte Anerkennung aber diese Ansicht immer genoß, so ist doch auch sie nicht ohne Anfechtung geblieben. Pöschmann hat in einer kleinen Gelegenheitsschrift (Observationum ad ius anteiustinianeum et iustinianeum triga. Lipsiae 1857. Diss. I.) behauptet — freilich ohne auf die entgegenstehende herrschende Meinung auch nur mit einem Worte Rücksicht zu nehmen —, es sei vielmehr die Ansicht der Proculianer im Justinianeischen Rechte anerkannt. Ihm hat sich dann G. Dietzel in der Heidelberger kritischen Zeitschrift für die gesammte Rechtswissenschaft (V. S. 554) bei Gelegenheit einer Besprechung der Pöschmann'schen Schrift angeschlossen und damit den Gegenstand vor ein größeres Publikum gebracht.

§. 2.

Es wird sich nun vor allem fragen, wie sich denn nach dieser neuesten Meinung das Verhältniß praktisch gestalten soll. Deren Urheber lassen uns darüber ohne jede Auskunft, so daß es bei-

1) Man vgl. z. B. Wening-Ingenheim Lehrb. des gem. Civilr. 5. Aufl. (Münch. 1838) III. S. 410, 435; Thibaut System des Pand.-Rechts 8. Ausg. (Jena 1834) §. 908; Mühlenbruch Lehrbuch 4. Aufl. (Halle 1844) §. 740, 743; Göschen Vorlesungen §. 1043 (III. Abth. 2 S. 623); Sintenis das prakt. gem. Civilrecht III. S. 736 fg.; Puchta Pand. §. 541 und Vorlesungen dazu; Arndts im Rechtslexikon VI. S. 324 und Lehrbuch der Pand. §. 560 Anmerk. 2; Walter Röm. Rechtsgeschichte §. 637 bei Note 15; Marezoll Institutionen §. 228; Scheurl Institutionen 3. Aufl. §. 207; C. O. Müller Institutionen (1858) S. 843 bes. Anm. 12; M. S. Mayer die Lehre von den Legaten und Fideicommissen. Abth. I (Tübingen 1854) S. 9 Anmerk. 11 u. s. w. Zu bemerken ist dabei noch, daß von allen diesen Schriftstellern die gedachte Ansicht als eine ganz feststehende und unbestrittene vorgetragen wird und von etwa vorhandenen abweichenden Meinungen nirgends eine Erwähnung geschieht. Nur bei Göschen S. 623 heißt es: „Von dieser Verschiedenheit der Ansichten finden sich noch in den Justinianeischen Rechtsbüchern mancherlei Spuren, die denn auch unter den neueren Rechtsgelehrten zu verschiedenen Ansichten Veranlassung gegeben haben." Welche Rechtsgelehrten dies seien, ist nicht gesagt.

nahe ſcheinen will, als hätten ſie ſich dieſe Frage gar nicht geſtellt.

Man könnte ſich zunächſt die Sache ſo vorſtellen, wie es nach einer Andeutung zu ſchließen (pag. 6. vergl. pag. 4), Pöſchmann zu thun ſcheint. Nur in Bezug auf das Vindicationslegat, könnte man denken, hätten überhaupt Meinungsverſchiedenheiten zwiſchen Proculianern und Sabinianern beſtanden. Bei andern Legaten und bei Fideicommiſſen hätten dieſe nicht minder als jene eine beſondere Annahmserklärung gefordert, wonach denn allerdings leicht erklärlich wäre, wie ſpäter auch in Betreff des Vindicationslegates die Anſicht der Proculianer hätte durchdringen können. Für das Juſtinianeiſche und heutige Recht würde daraus folgen, daß nunmehr kein Vermächtniß ohne beſondere Annahmserklärung erworben werden könnte, und daß alſo namentlich ein Wahnſinniger kein Vermächtniß zu erwerben vermöchte.

Damit wird ſich jedoch im Hinblick auf L. 16 §. 1 qui test. fac. 28, 1 und L. 24 pr. de O. et A. 44,7 ſchwerlich Jemand befreunden wollen. Ueberdies beweiſt aber von dieſen Stellen die zweite (von Pomponius, bekanntlich Sabinianer), daß die Sabinianer bei andern als Vindicationslegaten und bei Fideicommiſſen eben ſo wenig, als bei Vindicationslegaten, eine Annahmserklärung erheiſchten, die erſte (eine Anmerkung des Marcellus zu Pomponius), daß auch ſpäter keine andere Meinung zur Geltung kam. Daſſelbe wird durch L. 77 §. 3 de legat. II von Papinian und L. 6 C. quando dies legat. 6, 53 von Dioclettan und Maximian bewieſen.

Hienach wird man wohl einräumen müſſen, daß in Bezug auf andere als Vindicationslegate und auf Fideicommiſſe entweder auch die Proculianer einen ipso iure und ohne beſondere Annahmserklärung eintretenden Erwerb angenommen haben, oder daß, was die größere Wahrſcheinlichkeit für ſich hat, zwar auch hier ein Streit beſtand, aber hier wenigſtens der Sabinianiſchen Anſicht die Oberhand geblieben iſt.

Soweit ſcheint denn ſelbſt Dietzel die Pöſchmann'ſche Anſicht zu mißbilligen, indem er die betreffende, oben angezogene Bemerkung Pöſchmann's (pag. 6) durch eine andere Wendung erſetzt. Freilich muß es nun höchſt befremdlich erſcheinen, daß den-

noch beim Vindicationslegat die Meinung der Proculianer durchgedrungen wäre, oder gar, wenn wir von jener zweiten, oben als wahrscheinlicher hingestellten Annahme ausgehen, daß rücksichtlich des Vindicationslegates die Proculianische, rücksichtlich anderer Legate und Fideicommisse dagegen die Sabinianische Ansicht die Herrschaft gewonnen!

Noch größer werden die Bedenken, wenn wir uns auf den Boden des Justinianeischen Rechts begeben. In Betreff des Eigenthumslegates soll die Ansicht der Proculianer aufgenommen, also eine besondere Annahmserklärung nothwendig sein; andere Legate und Fideicommisse dagegen sollen ipso iure, ohne besondere Erwerbhandlung und selbst ohne Wissen des Bedachten erworben werden, so daß diesem nur ein Ausschlagungsrecht zusteht. Zugleich sind nun aber von Justinian alle früheren Unterschiede der Vermächtnißformen aufgehoben und auch bei Vermächtnissen eigener Sachen des Testators, mögen sie in einer Form erfolgt sein, in welcher sie wollen, nicht blos dingliche, sondern auch persönliche Klagen gestattet worden (L. 1 C. comm. de legat. 6, 43; §. 2 Inst. de legat. 2, 20). Wie sind nun alle diese Bestimmungen zu vereinigen? Der einfachste Ausweg wäre selbst von Dietzel's Standpunkt offenbar der, die Stellen des corpus iuris, worin die Ansicht der Proculianer bezüglich des Vindicationslegates vorgetragen sein soll — wie es sich damit verhält, wird sich später ergeben — als blose, aus Versehen aufgenommene Reste des früheren Rechtes anzusehen, und im übrigen wenigstens für das Justinianeische Recht die Richtigkeit der herrschenden Meinung einzuräumen, somit anzuerkennen, daß wenigstens nach Justinianeischem Recht alle Wirkungen der Vermächtnisse, sowohl der dingliche Rechtserwerb, als der Erwerb der persönlichen Vermächtnißklage, ipso iure und unmittelbar eintreten, sofern nur der Vermächtnißnehmer nicht ablehnt. Da man aber diesen Weg nun einmal nicht einschlagen will, so bleibt nur ein Doppeltes übrig. Entweder man läßt bei vermachten eigenen Sachen des Testators die persönliche Vermächtnißforderung ipso iure und unmittelbar entstehen und erfordert nur zum Erwerbe des Eigenthums eine besondere Annahmserklärung, woraus z. B. folgen würde, daß im Namen eines mit einem solchen Vermächtnisse bedachten Wahn-

sinnigen zwar persönlich, aber nicht dinglich aus dem Vermächtnisse geklagt werden könnte. Diese an und für sich seltsame Entscheidung dürfte aber dem Geiste des Justinianeischen Rechtes nicht minder, als selbst dem Wortlaute der L. 1 C. cit. 6, 43 widerstreiten. Es erscheint nach diesem Gesetze durchaus unstatthaft, in Fällen, in denen beiderlei Wirkungen: Entstehung der Vermächtnißforderung und unmittelbarer Erwerb dinglichen Rechtes überhaupt möglich sind, die eine an andere Voraussetzungen zu knüpfen, als die andere.

Oder aber man sagt, daß bei Vermächtnissen eigener Sachen des Testators auch selbst die persönliche Vermächtnißforderung nur durch eine besondere Annahmserklärung erworben werden könnte, wonach denn einem Wahnsinnigen der Erwerb solcher Vermächtnisse ganz und gar unmöglich wäre, ein Satz, der mit früher angeführten Stellen (L. 16 §. 1 qui test. fac. 28, 1, L. 24 pr. de O. et A. 44, 7 u. s. w.) in offenen Widerspruch tritt.

§. 3.

Man sieht, schon blos eine Beachtung dieser doch gewiß nicht ganz fern liegenden Fragen hätte im Stande sein können, den Urhebern der neuen Lehre einige Zweifel an deren Richtigkeit beizubringen. Daß dieselbe aber wirklich und in jeder Hinsicht unrichtig ist, soll nun im folgenden nachgewiesen werden. Zwar ist deren Begründung nicht gerade der Art, um an sich eine besondere Widerlegung nothwendig erscheinen zu lassen, und namentlich hätte man kaum glauben sollen, daß sie auf die Ausführungen Pöschmann's hin irgend einen Anhänger würde gewinnen. Allein die Erfahrung hat eben doch das Gegentheil gelehrt, sie hat gezeigt, daß selbst ein Professor der Rechtswissenschaft dadurch überzeugt werden konnte, und da zudem der Umstand, daß die neue Lehre von einem Praktiker ausgeht, vielleicht geeignet sein möchte, auf manche Juristen Eindruck zu machen: so mag eine kurze Besprechung des Gegenstandes denn doch nicht ganz und gar überflüssig sein.

Mich selbst bestimmt dazu auch noch ein persönlicher Beweggrund, das Interesse der Vertheidigung. Ich hatte in meiner

Schrift über die Rückziehung (S. 15 vgl. S. 37) geglaubt, mich unbedenklich und ohne weitere Begründung der herrschenden Meinung anschließen zu dürfen. Demnach hatte ich die Ansicht der Sabinianer in Betreff des Vindicationslegats als die im Justinianeischen Recht aufgenommene bezeichnet und zugleich das hienach beim Vindicationslegat, also, wie ich die Sache auffaßte, nach Justinianeischem Recht überhaupt bei dem Vermächtniß einer eigenen Sache des Testators eintretende Verhältniß als ein Hauptbeispiel der Rückziehung benutzt. In beider Hinsicht hat nun mein Verfahren einen Tadel erlitten, auf den ich und namentlich in dieser Weise nicht gefaßt war. Bei Gelegenheit jener Besprechung der Pöschmann'schen Schrift wird nämlich von Herrn Professor Dietzel folgende mich betreffende Bemerkung gemacht:

> „Es ist hier Gelegenheit, einen Ausspruch Fitting's, über den Begriff der Rückziehung S. 15, 37 zu berichtigen. Derselbe sagt: „Nach der im corpus iuris angenommenen Ansicht der Sabinianer kommt die per vindicationem legirte Sache zwar unmittelbar mit dem Erbschaftsantritt in das Eigenthum des Legatars, aber eigentlich ist doch die Sache zweifelhaft; denn schließlich kommt Alles auf die spätere Erklärung des Legatars an." Die Ansicht der Sabinianer ist aber schon von Pius verdrängt, Gaius II, 195, und alle von Fitting angezogenen Stellen bezeugen nur die Ansicht der Proculianer: nur diese brauchten den Begriff der Rückziehung, nicht die Sabinianer. Daß gleichwohl das legatum, noch nicht erworben, auf die Erben des Legatars übergeht, darf nicht irre machen, Pauli sent. III, 6 §. 7, der ebenfalls nur die Meinung der Proculianer referirt. Fitting ist hier ungenau und hätte für seine Darstellung besseren Gebrauch von der römischen Dogmengeschichte machen können." [2])

---

2) Das folgende: „Wie sehr auch die maßvolle Beschränkung des Verf. zu loben ist, so ist doch zu bedauern, daß er andere Fragen, die L. 12. D. cit. (soll wohl heißen: L. 8. D. cit.) und Gai II, 195 anregen, nicht aufgenommen hat" — geht nicht etwa auf mich, wie man zu glauben geneigt sein könnte, sondern blos auf Pöschmann.

An dieſer „gelegentlichen Berichtigung" muß zunächſt auffallen, daß gerade ich als Repräſentant der herrſchenden Meinung hingeſtellt werde. Wie ich zu der Ehre komme, iſt mir nicht wohl begreiflich, zumal ich dieſen Punkt gar nicht beſonders erörtert habe. Aber noch mehr, der Leſer muß ſogar den Eindruck erhalten, als hätte ich erſt, und zwar in recht leichtfertiger Weiſe, etwa aus reiner Neuerungsſucht, jene Meinung aufgebracht. Ich habe nun zwar keine Gewährsmänner genannt, allein man darf doch von einem Profeſſor der Rechtswiſſenſchaft ohne Beleidigung nicht annehmen, daß er das Daſein einer ſo allbekannten Meinung etwa erſt aus meiner Schrift erfahren haben ſollte. Das Verfahren des Herrn Dietzel ſcheint alſo auf andern Urſachen zu beruhen, zu deren Errathung ich freilich außer Stande bin.

Noch auffallender aber iſt der eigenthümliche, faſt noch mehr als ſchulmeiſterliche Ton, in dem jene „Berichtigung" und namentlich die Schlußbemerkung gehalten iſt, und der neben dem ungemeſſenen, an Pöſchmann geſpendeten Lobe ganz beſonders grell hervorſticht. Ich müßte beinahe an Abſichten perſönlicher Natur denken, wenn ich jemals mit Herrn Dietzel in irgend welcher, ſei es perſönlicher oder literariſcher Beziehung geſtanden hätte. Auf jeden Fall, und ſelbſt wenn das, was Herr Dietzel mir vorwirft, gegründet wäre, wird man jenen Ton kaum einen ganz gebührlichen nennen können. Sollte ſich aber herausſtellen, daß deſſen Behauptungen durchaus ungegründet, dabei im höchſten Grade leichtfertig und vollkommen bodenlos ſind: ſo iſt dann wohl noch ein ſchärferes Urtheil am Platze. Daß die Behauptungen des Herrn D. aber wirklich jene Bezeichnungen verdienen, braucht wenigſtens in Bezug auf zwei Punkte keines weit hergeholten Beweiſes. Herr D. hat geſagt, ſämmtliche von mir angezogenen Stellen bezeugten nur die Anſicht der Proculianer, und nur dieſe, nicht die Sabinianer hätten den Begriff der Rückziehung gebraucht. Es genügt, in dieſer Hinſicht auf die in meiner Schrift S. 16 abgedruckte L. 86 §. 2 D. de legat. I. (30) von Julian zu verweiſen [3]),

3) Ich will die Stelle hier wiederholt abdrucken laſſen: Iulian. l. 34 Dig.: — Quum servus legatur, et ipsius servi status, et omnium, quae

woraus mit Beſtimmtheit und unzweifelhaft hervorgeht erſtens, daß nicht „ſämmtliche von mir angezogenen Stellen die Anſicht der Proculianer bezeugen", und zweitens, daß auch die Sabinianer eine Rückziehung annehmen mußten, ein Satz, der übrigens ſchon aus innern Gründen gewiß iſt und zu allem Ueberfluß auch noch aus dem von Herrn D. ſelbſt gegen mich angeführten Gai. II, 195 unzweideutig ſich ergibt.

Hienach fällt denn auf die Art und Weiſe, wie Herr D. Bücher und Quellen zu leſen pflegt, von vornherein ein höchſt eigenthümliches Licht[4]).

---

personam eius attingunt, in suspenso est; nam si legatarius repulerit a se legatum, nunquam eius fuisse videbitur, si non repulerit, ex die aditae hereditatis eius intelligetur. Secundum hanc regulam et de iure eorum, quae per traditionem servus acceperit, aut stipulatus fuerit, deque his, quae legata ei vel donata fuerunt, statuetur, ut vel heredis, vel legatarii servus singula gessisse existimetur.

4) Auch in Betreff der Nothwendigkeit und Angemeſſenheit dogmengeſchichtlicher Unterſuchungen ſcheint Herr Prof. D. eigene Anſichten zu haben. Mir war es in meiner Schrift über Rückziehung durchaus nur um Ermittelung von Begriffen zu thun; die Dogmengeſchichte lag mir alſo in der That ganz fern, und daher verlangte es ſogar das Geſetz „der maßvollen Beſchränkung", mich derſelben möglichſt zu enthalten. Dennoch werde ich deswegen auf das bitterſte getadelt. Dagegen hat Herr D. in ſeinem unlängſt erſchienenen Aufſatze über das Peculium (Jahrb. von Bekker und Muther II S. 1 ff.), welcher „das Peculium in ſeiner Geſchichte verfolgen ſoll" und „zwar keine Monographie, aber doch eine erſchöpfende Charakteriſirung bezweckt", es nicht für nöthig gehalten, gerade den intereſſanteſten und wichtigſten Punkt in der ganzen Geſchichte der Peculien, die Frage nämlich, wie allmählich im castrense peculium ein auch juriſtiſch eigenes Vermögen des Hausſohnes ſich herausgebildet hat, ſelbſt nur mit einem Worte zu berühren! Und doch hätte dies gar keine beſondern Schwierigkeiten gehabt, indem ich in meiner obengenannten Schrift Anm. 14 (S. 11) das Hauptſächlichſte in dieſer Beziehung bereits vollſtändig angedeutet habe. Durch Herrn D. (S. 45) erfahren wir nur, daß „aller quaestus im Kriegsdienſt nicht mehr Peculium ſei", indem „Auguſtus dem Vater am quaestus militaris das ius adimendi und den Gläubigern das ius vendendi genommen habe"! Eine hiſtoriſch ungenauere Anſicht ſcheint mir kaum möglich zu ſein.

§. 4.

Es wird nun den Leſer intereſſiren, die Grundlagen einer Lehre kennen zu lernen, welche mit ſo viel Selbſtgefühl — um mich des mildeſten Ausdrucks zu bedienen — in die Welt tritt. Dieſelben beſtehen aber — — in der ganz ſubjectiven Meinung Pöſchmann's, daß die Sabinianer das Ausſchlagen des Vindicationslegates mit deponere bezeichnet, und nur die Proculianer dafür spernere, repellere, repudiare gebraucht hätten! Denn nur nach der Anſicht der Proculianer ſei das Ausſchlagen Ablehnen eines Erwerbs geweſen, und nur dafür paßten jene Ausdrücke. Die Sabinianer dagegen, welche ipso iure und ſelbſt ohne Wiſſen des Legatars im Augenblicke des Erbſchaftsantrittes den Erwerb des Legates hätten eintreten laſſen, hätten in der ſpätern Ausſchlagung ein Wiederaufgeben bereits gemachten Erwerbes erblicken müſſen. Da nun nach L. 1 §. 7 de succ. ed. 38, 9: quod acquisitum est, repudiare non potest, vergl. Paul. S. R. III, 4 B. §. 11, ſo hätten ſie nicht repudiare, repellere oder spernere ſagen können, ſondern das einzig geeignete Wort ſei deponere geweſen.

Der naheliegende Zweifel, wie es denn aber komme, daß der Ausdruck: deponere legatum in den Juſtinianeiſchen Rechtsquellen (und beiläufig bemerkt, auch ſonſt) nirgends begegnet, wird dadurch zu beſeitigen geſucht, daß nach Gaius (II, 195) ſchon zu deſſen Zeit durch eine Conſtitution von Antoninus Pius die Proculianiſche Lehre die Oberhand erhalten. Demnach hätte um ſo mehr Tribonian alle Spuren jener längſt veralteten Anſicht der Sabinianer beſeitigen müſſen, „nisi uno loco dormitaverit bonus Homerus“. Dieſer unus locus ſei aber L. 8 de reb. cred. 12, 1, wo die Schlußworte nicht: „repudiatum sit legatum aut adpositum“, auch nicht acquisitum, repositum, agnitum, admissum oder omissum geleſen werden dürften, ſondern vielmehr heißen müßten: „repudiatum sit legatum aut depositum“. Julian habe hier nämlich alle Arten von Legaten im Auge gehabt; das deponere gehe auf das Vindicationslegat, das repudiare auf die übrigen Legatenformen (für welche nämlich nach Pöſchmann auch nach Sabinianiſcher Anſicht repudiare ganz paſſend geweſen ſein ſoll). Auch in Gai. II, 195 ſei die durch die Unleſerlichkeit der Hand-

ſchrift entſtandene Lücke nicht durch spreverit, repulerit oder repudiaverit, ſondern vielmehr durch deposuerit legatum zu ergänzen.

Dietzel hat ſich dieſer Ausführung vollſtändig angeſchloſſen, bis auf einen ſchon oben §. 2 angedeuteten Punkt. In dem Schlußſatze der L. 8 cit. 12, 1 ſoll nämlich Julian nicht die verſchiedenen Legatenarten, ſondern die Terminologie der beiden Schulen im Auge haben!!

§. 5.

Wir wollen nun ſehen, wie es ſich mit jener Begründung verhält. Vor allem, ſollten denn wirklich die Sabinianer nach ihrer Lehre den Ausdruck: repudiare, repellere oder spernere legatum für ſo ganz und gar unpaſſend haben halten müſſen? Welches war denn dieſe Lehre? Sie ging keineswegs dahin, wie Pöſchmann meint, daß der Legatar unbedingt und endgültig die legirte Sache im Augenblicke des Erbſchaftsantrittes erwerbe, wonach allerdings in einer ſpäteren Ausſchlagung nur eine eigentliche Veräußerung, ein Wiederaufgeben eines bereits gemachten Erwerbs hätte erblickt werden müſſen. Vielmehr ließen ſie zwar ohne weiteres und ipso iure mit dem Erbſchaftsantritte das Eigenthum der legirten Sache an den Legatar übergehen, aber doch nur unter der Vorausſetzung, unter der iuris conditio im Sinn von L. 43 §. 10 de aedil. ed. 21, 1, daß derſelbe nicht ablehnen werde. Wenn er daher ſpäter ausſchlug, ſo zeigte ſich jetzt, daß er in der That von Anfang an gar nicht erworben hatte, es war „perinde atque si legatum non esset“. Gai II, 195[5]),

5) Wenn Pöſchmann auf pag. 2 dieſe Stelle wörtlich abdrucken läßt, dann aber pag. 3 ſagt: „Nam ex Proculeianorum sententia hoc casu (si legatarius, postquam scierit rem sibi per vindicationem legatam esse, eam ad se pertinere noluerit) res eius omnino non fiebat; imo perinde erat, ac si ipsi nunquam fuerit legata. Ex Sabinianorum vero sententia, ut ita dicam, contrario actu opus erat, ut rem legatam ignoranti mox per aditionem heredis adquisitam derelinqueret“ —: ſo iſt dies doch zum mindeſten — etwas ſtark.

L. 38 §. 1 de legat. I (30) (Pompon.), L. 86 §. 2 eod. (oben Anm. 3).

Ueberhaupt ſcheint mir der Unterſchied der Sabinianiſchen und Proculianiſchen Lehre bei weitem nicht ſo groß und eingreifend geweſen zu ſein, als man meinen ſollte. Er beſtand nämlich blos darin, daß die Proculianer eine poſitive Erklärung des Willens forderten, das Legat anzunehmen, während die Sabinianer meinten, dieſen Willen dürfe man bei Vermächtniſſen ſchon dann annehmen, wenn nur kein entgegengeſetzter Wille erklärt werde. Die Proculianer verlangten alſo ein poſitives velle, die Sabinianer begnügten ſich mit einem bloſen non nolle. Eine ſolche Behandlung iſt aber nicht etwa blos in dem gegenwärtigen Fall angewendet worden, ſondern läßt ſich noch in vielen andern Fällen nachweiſen. Vgl. L. 1 §. 3 de tribut. act. 14, 4. (Ulp).:

> Scientiam hic eam accipimus, quae habet et voluntatem; sed ut ego puto, non voluntatem, sed patientiam, non enim velle debet dominus, sed non nolle; si igitur scit et non protestatur et contradicit, tenebitur actione tributoria.

L. 2 §. 2 soluto matrim. 24, 3. (Ulp.):

> Voluntatem autem filiae, quum pater agit de dote, utrum sic accipimus, ut consentiat, an vero ne contradicat filia? Et est ab Imperatore Antonino rescriptum, filiam, nisi evidenter contradicat, videri consentire patri. Et Iulianus l. 48. Dig. scripsit, quasi ex voluntate filiae videri experiri patrem, si furiosam filiam habeat; nam ubi non potest per dementiam contradicere, consentire quis eam merito credet. Sed si rel.

L. 5 de adopt. 1, 7. (Celsus):

> In adoptionibus eorum duntaxat, qui suae potestatis sunt, voluntas exploratur; sin autem a patre dantur in adoptionem, in his utriusque arbitrium spectandum est vel consentiendo, vel non contradicendo. Vergl. L. 42 eod., §. 8 J. quib. mod. ius pot. 1, 12, L. 11 C. de adopt. 8, 48.

Damit haben wir zugleich beiläufig den Zuſammenhang der Theorie des Legatenerwerbs mit dem Erbſchaftserwerbe gefunden, worauf meines Wiſſens noch nicht geachtet worden iſt. In beiden Fällen muß die Erbſchaft bezw. das Legat dem Bedachten zum Erwerb angeboten (deferirt) und von dieſem angenommen werden. Nach der Proculianiſchen Anſicht war die Analogie ſogar eine vollkommene; der Legatar mußte ſich für die Annahme des Legates poſitiv erklären, wie es der Erbberechtigte bezüglich der Erbſchaft thun muß. Die Sabinianer dagegen hielten zwar die Nothwendigkeit einer poſitiven Annahmserklärung in Betreff der Erbſchaft aufrecht, welche ja auch zum Nachtheil ausſchlagen kann, ſo daß man den Willen ſie anzutreten, keineswegs immer von vornherein vermuthen darf. Bei Vermächtniſſen hingegen, die auf keinen Fall poſitiven Nachtheil bringen können, iſt eine ſolche Vermuthung gar wohl gerechtfertigt, und deswegen behandelten ſie dieſelben als angenommen, ſofern nur kein entgegengeſetzter Wille erklärt ward. Vgl. L. 32 mand. 17, 1. (Iulian.).

Sind dieſe Ausführungen richtig, und ich wüßte nicht, was Erhebliches dagegen einzuwenden ſein ſollte, ſo iſt nun auch der Grund gefunden, warum bei bedingten Vermächtniſſen in keiner Hinſicht eine Rückziehung eintritt, und namentlich die Frage, ob das Vermächtniß dem Bedachten ſelbſt oder deſſen Gewalthaber erworben wird, nicht nach dem Zeitpunkte des Todes des Teſtators, ſondern nur nach der Zeit des Eintritts der Bedingung beurtheilt wird. Von der Annahme einer letztwilligen Zuwendung kann nämlich nicht eher die Rede ſein, als vollkommene Gewißheit der Bedenkung vorhanden iſt. Vorher iſt kein Erbſchaftsantritt möglich (L. 30 §. 2, L. 84 de acq. v. om. her. 29, 2, L. 46, 51 pr. eod. vgl. L. 3 si tab. test. 38, 6), und namentlich denn auch bei bedingter Erbeinſetzung bekanntlich nicht vor Erfüllung der Bedingung. Ebenſowenig kann aber bei Vermächtniſſen vor dem Daſein ſolcher Gewißheit die erfolgte Annahme vermuthet werden. Daher findet bei bedingten Vermächtniſſen überhaupt erſt mit Erfüllung der Bedingung ein Rechtserwerb auf Seite des Vermächtnißnehmers ſtatt, und es verſteht ſich ſonach von ſelbſt, daß deſſen Gewalthaber nur dann das Vermächt-

niß erhält, wenn das Gewaltverhältniß in dieſem Zeitpunkte noch fortdauert[6]).

§. 6.

Kehren wir nach dieſen beiläufigen Bemerkungen zu unſerer Hauptfrage zurück: ſo haben wir geſehen, daß auch die Sabinianer in dem Ausſchlagen des Legats nicht Wiederaufgeben eines bereits definitiv gemachten Erwerbes, alſo eine eigentliche Veräußerung, ſondern gleich den Proculianern vielmehr ein Nicht-Erwerben erblickten. Dies läßt ſich aber noch aus andern Gründen auf das ſtrengſte beweiſen, wobei ich zunächſt nichts weiter fordere als die Erlaubniß, den Julian in Uebereinſtimmung mit dem Berichte des Pomponius als Sabinianer zu betrachten.

Ausſchlagung eines Legates ebenſo wie Ausſchlagung einer Erbſchaft wird niemals als alienatio in fraudem creditorum facta betrachtet, weil eine ſolche, ſo weit der Begriff auch immer gefaßt ward (L. 1 §. 2 — L. 5 quae in fraud. cred. 42, 8), doch ſtets eine Vermögensverminderung vorausſetzt, welche in jenen Handlungen nicht liegt. L. 6 pr. §. 2, 4 eod. Und zwar war dies, wie wir aus L. 6 §. 4 cit. erfahren, gerade in Betreff der Ablehnung eines Legates die Meinung des Julian[7]).

6) Dies ſind die „guten innern Gründe", worauf ich in meiner Schrift über Rückziehung S. 45 a. A. hingewieſen habe. Ich hatte dort von deren Erörterung gefliſſentlich Umgang genommen, weil es mir ſchien und noch ſcheint, daß da, wo es ſich vorerſt noch um Herſtellung einer Erſcheinung ſelbſt handelt, die Frage nach deren Urſachen nur ſtörend ſein kann. In gar manchen Punkten würden wir weiter ſein, wenn man ſich zuvörderſt hätte beſcheiden wollen, die Thatſachen ganz rein für ſich, ohne alle Nebenrückſichten zu ermitteln, und erſt dann nach deren Gründen zu forſchen, ſtatt dieſen letzten Punkt zu dem erſten zu machen, ſich ſo vorgefaßte Meinungen zu bilden und dadurch das unbefangene Urtheil zu trüben.

7) L. 6 pr., §. 2, 4 cit.: Ulp. l. 66 ad Ed.: — Quod autem, quum possit aliquid quaerere, non id agit, ut acquirat, ad hoc Edictum non pertinet; pertinet enim Edictum ad deminuentes patrimonium suum, non ad eos, qui id agunt, ne locupletentur. — §. 2. Proinde et qui repudiavit hereditatem vel legitimam, vel testamentariam, non est in ea causa, ut huic Edicto locum faciat; noluit enim acquirere, non suum patrimonium deminuit. — §. 4. Sed et illud probandum, si legatum repudiavit, cessare Edictum; quod Iulianus quoque scribit.

Ebenſowenig wird — und wieder von Julian — in dem Ausſchlagen eines Legates und in der auch hier ganz gleichgeſtellten Ablehnung einer Erbſchaft eine alienatio in fraudem patroni geſehen, weil auch dazu eine Vermögensverminderung erfordert wird. L. 1 §. 6 si quid in fraud. patroni 38, 5. Siehe ferner L. 5 §. 5 de iure dot. 23, 3. Vgl. auch L. 5 §. 13, 14 de donat. int. V. et U. 24, 1 [8]).

So kann denn nicht der leiſeſte Zweifel obwalten, daß auch nach der Anſicht der Sabinianer die Ausdrücke repudiare, repellere, spernere zur Bezeichnung für die Ablehnung eines Legates durchaus geeignet erſcheinen mußten, und daß man dadurch in keiner Weiſe mit dem obenerwähnten Satze der L. 1 §. 7 de succ. ed. 38, 9 in Widerſpruch kam.

§. 7.

Nachdem ich dargethan, daß die Sabinianer in der angegebenen Weiſe ſprechen konnten, will ich nun weiter nachweiſen,

8) Räumt man ein, was unten außer Zweifel geſetzt werden ſoll, daß die Sabinianiſche Anſicht ſpäter zur Geltung gekommen iſt, und daß ſie namentlich auch die Anſicht Ulpian's war, ſo bildet dieſe Stelle in doppelter Hinſicht einen ſchlagenden Beweis für obigen Satz: einmal, weil das Ausſchlagen eines Legates zu Gunſten des andern Ehegatten, der etwa ſubſtituirt oder mit dem Legat belaſteter Erbe iſt, nicht als verbotene Schenkung betrachtet wird (Simili modo et si legatum repudiet, placet nobis, valere donationem, si mulier substituta sit in legato, vel etiam si proponas, eam heredem institutam), zweitens, weil es überhaupt nicht möglich ſein würde, dem andern, ſubſtituirten oder zum Erben eingeſetzten Ehegatten einen Vortheil durch Ausſchlagen des Legates zuzuwenden, wenn dieſes als Aufgeben eines bereits gemachten Erwerbs und nicht vielmehr als Nichtmachen eines Erwerbes aufzufaſſen wäre. Vgl. L. 5 §. 5 cit. 23, 3. — Man könnte vielleicht L. 5 §. 8 de reb. eorum, qui sub tut. 27, 9 als widerſprechend betrachten wollen (Fundum autem legatum repudiare pupillus sine Praetoris auctoritate non potest; esse enim et hanc alienationem, quum res sit pupilli, nemo dubitat); allein da dieſe Stelle gleich den bisher genannten von Ulpian herrührt, ſo iſt doch wohl ein eigentlicher Widerſtreit nicht anzunehmen. Ulpian will vielmehr in L. 5 §. 8 cit. ohne Zweifel blos ſagen, durch Ausſchlagen eines legirten Grundſtücks könne das Intereſſe eines Pupillen ganz ebenſo gefährdet werden, als durch eigentliche Veräußerung. Darum ſei denn auch darin in Hinſicht auf die oratio Severi eine alienatio zu ſehen und dafür ein prätoriſches Decret zu fordern.

daß ſie es auch wirklich gethan. Dieſer Beweis unterliegt aber nicht den mindeſten Schwierigkeiten. In unſern Quellen findet ſich eine große Anzahl von Stellen, die von Sabinianern herrühren, und worin neben Ausdrücken wie „nolle ad nos pertinere“ u. dgl. (L. 38 §. 1 de legat. I (30), L. 8 de reb. cred. 12, 1: beide von Pomponius, L. 40 de legat. II (31) von Javolen), und noch weit häufiger die Bezeichnungen repellere und repudiare vorkommen. Hierher gehören vor allem folgende Stellen von Julian: L. 81 §. 1 (repellere), §. 6, 7 (repudiaverit), L. 86 §. 2 (repulerit), L. 101 (repudiavero) de legat. I (30), — L. 10 de usu et usufr. 33, 2 (a se repulerit), — L. 10 de opt. leg. 33, 5 (a se repudiasset). Andere Stellen ſind zwar nicht unmittelbar von Julian, nehmen aber auf dieſen in einer Weiſe Bezug, daß ſie faſt eben ſo beweiskräftig ſind, als unmittelbar von Julian herrührende Stellen ſelbſt. So L. 8 de reb. cred. 12, 1 ferner L. 1 §. 1 de usufr. accr. 7, 2, — L. 13 §. 3 ad L. Aquil. 9, 2, — L. 5 §. 5 de iure dot. 23, 3, — L. 1 §. 6 si quid in fraud. patroni 38, 5, — L. 6 §. 4 quae in fraud. cred. 42, 8. — Sodann ſind zu erwähnen zwei Stellen von Pomponius: L. 38 pr. de legat I[9]), — L. 45 §. 1 de legat. II. (31) (repudiare) und eine Stelle von Gaius: L. 55 pr. de legat. II (31) (repudiavero).

Mit Pöſchmann anzunehmen, daß in allen dieſen Stellen repellere oder repudiare erſt durch Interpolation geſetzt worden ſei, iſt doch offenbar mehr als gewagt. Ohnehin hatten die Abfaſſer der Juſtinianeiſchen Rechtsbücher mehr und Beſſeres zu thun, als ſich mit leeren Wortklaubereien abzugeben. Ich will aber zum Ueberfluſſe noch ein paar Stellen anführen, bei denen ihrer ganzen Stellung nach eine Interpolation zu fern liegt, als daß nur ernſtlich daran gedacht werden könnte; es ſind L. 32 D. mand. 17, 1 („ne legatum a se repellat“) und L. 13 de solut. 46, 3 („sicut in legato, quum de repellendo quaereretur“) beide von Julian. Schließlich noch eine Stelle, bei der ohnehin von Interpolation keine Rede ſein kann, nämlich frag. Vat. §. 82. Sie iſt

9) Mit Rückſicht auf das im vorigen Paragraphen Geſagte bemerke man in dieſer Stelle den Gegenſatz: acquirere und repudiare legatum.

zwar zunächſt aus Ulp. l. 17 ad Sabin. geſchöpft; deſſen betreffende Worte ſind aber ohne Zweifel wörtlich aus Julian's Digeſten herübergenommen und lauten ſo:

> Nam illud constat, ut et Iulianus l. XXXV scribit et Pomponius l. VII ex Plautio non reprobat, si duobus servis meis ususfructus legetur, et alter decesserit, cum per utrumque quaesissem usumfructum, ius adcrescendi me habere; cum, si alterius nomine repudiassem, alterius quaesissem, haberem quidem usumfructum totum iure adcrescendi, sed ex solius persona amitterem.

Dadurch wird denn nun vielleicht ſelbſt Pöſchmann überzeugt ſein, daß auch die Sabinianer ſich wirklich der Ausdrücke repellere und repudiare bedient haben. Er wird daher wohl ſein „deposuerit legatum“ in Gai. II, 195 aufgeben und ſtatt deſſen entweder mit Böcking leſen „spreverit legatum“ oder, was ich für richtiger halten möchte „repulerit legatum.“ [10]) Auch in L. 8 de reb. cred. 12, 1 wird er ſchwerlich mehr „depositum“ leſen wollen.

Uebrigens iſt noch zu bemerken, daß doch die Sabinianer nicht pedantiſch waren und ſich manchmal einer Sprechweiſe bedienten, die man zunächſt nur bei den Proculianern erwarten ſollte. So Iulianus in L. 81 §. 1 de legat. I (potest alter dominus agnoscere legatum, alter repellere), Gaius in L. 58 de legat. II (Si cui res legata fuerit, et omnino aliqua ex parte voluerit suam esse, totam acquirit), Pomponius in L. 12 pr. de legat. I (si voluero eam rem ex meo legato ad me pertinere), wo Pomponius freilich den Labeo

---

10) Im Codex ſind neun Buchſtaben unleſerlich, oder wenigſtens waren nur unbeſtimmte Züge zu erkennen, etwa der Geſtalt: ((p|u***a|tum. Setzen wir dafür rpuleRlega|tum, ſo haben wir „repulerit legatum“ gewonnen, was offenbar mehr innere Wahrſcheinlichkeit für ſich hat, als „spreverit legatum“, indem „spernere legatum“ ohne Zweifel nur ſelten geſagt ward. (Ich habe den Ausdruck „sperni“ nur in Einer Stelle: L. 6 de legat. II von Paulus gefunden). Jene Leſung iſt aber vollkommen ſtatthaft, indem wir aus dem der Berliner Ausgabe angehängten Sigelverzeichniß ſehen, daß r von dem Abſchreiber häufig für re und R für rit geſetzt wird.

und Proculus anführt und ohne Zweifel die treffenden Worte aus dem letztern herübergenommen hat. Auch dieſe Redeweiſe iſt aber leicht erklärlich, wenn man ſich nur erinnert, daß doch ſchließlich die Sabinianer nicht minder als die Proculianer den Erwerb des Legates auf den Willen des Legatars zurückführten. Der Unterſchied war nur der, daß ſie nicht gleich dieſen eine beſondere, poſitive Erklärung des Willens verlangten, ſondern den Willen als vorhanden annahmen, ſofern nicht das Gegentheil erklärt ward. Sie ſahen, wie es auch anderwärts geſchah (S. die oben §. 5 abgedruckten Stellen, beſonders L. 2 §. 2 solut. matr. 24, 3), ſchon in einem bloſen non nolle die hier genügende Willenserklärung.

§. 8.

Es erübrigt noch zu beweiſen, daß die Lehre der Sabinianer ſpäter die Oberhand behalten hat, und daß ſie auch in das Juſtinianeiſche Recht übergegangen iſt. Hier werden wir denn vor allem auf eine Bemerkung in Gai. II, 195 Rückſicht nehmen müſſen, welcher Pöſchmann und Dietzel großes Gewicht beilegen, und woraus hervorgehen ſoll, daß durch eine Conſtitution von Antoninus Pius vielmehr die Proculianiſche Anſicht zum Siege gelangt ſei.

> Sed hodie ex divi Pii Antonini constitutione hoc magis iure uti videmur, quod Proculo placuit; nam cum legatus fuisset Latinus per vindicationem coloniae, „Deliberent“, inquit, „decuriones, an ad se velint pertinere, proinde ac si uni legatus esset.“

Allein ſchon Arndts im Rechtslexikon VI S. 324 Anmerk. 363 hat in Betreff dieſer Stelle richtig bemerkt: „In der That berührte die Conſtitution dieſe Streitfrage (zwiſchen Sabinianern und Proculianern) nicht; denn wenn Antonin in Beziehung auf ein einer Colonie hinterlaſſenes Vindicationslegat geſagt hatte: deliberent decuriones, an ad se velint pertinere, proinde ac si uni legatus esset, ſo lag das Bedeutende nur in der Anerkennung der Gültigkeit des Legates und des Beſchluſſes der Decurionen, als der Repräſentanten der Colonie, über Annahme oder Ablehnung desſelben, wovon ja auch nach der Sabi-

nianiſchen Anſicht die Rede ſein konnte." Die Wahrheit dieſer Bemerkung kann, namentlich wenn man das am Ende des vorigen Paragraphen Erwähnte beachtet, keinem Zweifel unterliegen. Auffallend könnte nur etwa gefunden werden, daß Gaius nicht gewußt haben ſollte, was zu ſeiner Zeit praktiſches Recht geweſen. Allein daß er deſſen bezüglich unſeres Punktes in der That nicht gewiß war, geht ſchon aus ſeiner äußerſt behutſamen und unbeſtimmten Ausdrucksweiſe hervor (hoc magis iure uti videmur!!). Auch kann dies keine beſondere Schwierigkeit machen, wenn wir annehmen dürfen, Gaius ſei ein Provincialjuriſt geweſen, wofür neuerlich Th. Mommſen (Jahrb. von Bekker und Muther III S. 1 ff.) triftige Gründe beigebracht hat.

§. 9.

Nach Beſeitigung dieſer Stelle iſt nun aber jener Beweis auf das allerleichteſte zu führen. Was zunächſt den Punkt anlangt, daß die Anſicht der Sabinianer bei den ſpätern Juriſten zur Herrſchaft gekommen: ſo genügt es, folgende Stellen namhaft zu machen: Africanus, (der übrigens der Vermuthung nach der Sabinianiſchen Schule noch angehört hat — Rudorff Röm. Rechtsgeſch. I S. 176) in L. 107 §. 1 de legat. I[11]); Marcellus in L. 34, 36 pr. ad L. Aquil. 9, 2, — L. 31 de test. mil. 29, 1 vbb. mit fr. Vat. §. 84, unbeſtimmt L. 3 de serv. leg. 33, 3; Papinian in L. 80 de legat. II verb.:

> quod eo pertinet, ut si pure res relicta sit et legatarius non repudiavit defuncti voluntatem, recta via dominium, quod hereditatis fuit, ad legatarium transeat, nunquam factum heredis.

Ferner Ulpian in einer ganzen Reihe der allerunzweideutigſten Stellen: L. 1 §. 1, 3 de usufr. accresc. 7, 2 vgl. fragm. Vat. §. 75, 77, 82, 84, — L. 13 §. 3, L. 17 §. 1 ad L. Aquil. 9, 2, — L. 5 §. 5 de iure dot. 23, 3, — L. 5 §. 14 de

11) In dieſer Stelle iſt die Bedingung: „quum morietur ipse servus" auf das dem Sklaven gegebene Legat, und nicht, wie man zunächſt geneigt iſt, auf das Legat des Sklaven ſelbſt zu beziehen, weil ſonſt jenes Legat nicht gültig ſein könnte. Vgl. L. 8 quando dies legat. 36, 2.

donat. int. V. et U. 24, 1 — L. 9 de usu et usufr. 33, 2, — L. 2 de manum. 40, 1, — L. 3 de manum. vind. 40, 2, — L. 6 §. 4 quae in fraud. cred. 42, 8. Ich will gar nicht beſonders hervorheben, daß die meiſten dieſer Stellen aus dem Commentar zu Sabinus genommen ſind und in denſelben blos Sabinianer, namentlich Julian, angeführt werden, ſondern ich will nur noch die zwei wichtigſten, ganz unwiderſprechlichen Stellen hierherſetzen: L. 44 §. 1 de legat. I (Ulp. l. 22 ad Sabin.):

> Si quis rem sibi legatam ignorans adhuc legaverit, postea cognoverit et voluerit ad se pertinere, legatum valebit, quia, ubi legatarius non repudiavit, retro ipsius fuisse videtur, ex quo hereditas adita est, si vero repudiaverit, retro videtur res repudiata fuisse heredis.[12]).

L. 1 §. 6 si quid in fraud. patroni 38, 6 (Ulp. l. 44 ad. Ed.), verb.:

> Et ait Iulianus l. XXVI Dig., si hereditatem libertus non adierit fraudandi patroni causa, vel legatum repulerit, Favianam cessare; quod mihi videtur verum, quamvis enim legatum retro nostrum sit, nisi repudietur, attamen quum repudiatur, retro nostrum non fuisse palam est.

Weniger beſtimmt ſpricht Paulus; vgl. L. 7 de legat. I (30), — L. 5 pr. §. 1 de legat. II, — L. 4, 6 eod., — L. 14 §. 3 de fundo dot. 23, 5, — Rec. Sent. III, 6 §. 7. Wenn man indeſſen nicht von vorgefaßten Meinungen ausgeht, ſo erhellt wenigſtens aus den beiden erſten Stellen deutlich genug, daß auch Paulus nicht abweichender Anſicht war.

---

12) Dieſe Stelle, in der das „voluerit ad se pertinere“ mit Rückſicht auf das oben §. 7 a. E. Bemerkte keine Bedenken erregen kann, war gleich mehreren andern bereits genannten und noch zu nennenden bereits in meiner Schrift über Rückziehung S. 16 Anm. 18 angeführt. Wie kann alſo ſelbſt ohne Rückſicht auf L. 86 §. 2 eod. Herr Dietzel ſagen, „ſämmtliche von mir angezogenen Stellen bezeugten nur die Anſicht der Proculianer“? Man muß wahrlich die Stellen leſen, wie Herr D., um zu dieſer Behauptung zu kommen.

Mit aller Beſtimmtheit dagegen lauten wieder die Ausſprüche von Marcian in L. 15 de reb. dub. 34, 5 und L. 8 §. 11 quib. mod. pign. 20, 6.

§. 10.

Soweit iſt nun mein Beweis wohl in unverwerflicher Weiſe erbracht. Bleibt noch der Beweis, daß die Sabinianiſche Lehre auch im Juſtinianeiſchen Recht aufgenommen ſei. Ich berufe mich aber in dieſer Hinſicht auf ſämmtliche bisher genannten Stellen und füge dazu folgende, noch nicht angeführte: L. 91 §. 6 de legat. I (Iulian.), L. 69 pr. eod. (Gaius). Ganz beſonders muß jedoch der Umſtand als beweiſend angeſehen werden, daß wir von der Proculianiſchen Lehre in den Juſtinianeiſchen Rechtsbüchern kaum noch ſchwache Spuren finden, ſo daß wir ohne Gaius gar nicht im Stande wären, das Daſein jenes Schulenſtreites zu erkennen. Ich rechne hierher vor allem L. 64 de furtis 47, 2[13]) von Neratius („si adita hereditate Seius legatum ad se pertinere voluerit"), ferner L. 20 de legat. II (31) von Celſus („si alter dominorum omitteret"), L. 59 eod. von Terentius Clemens[14]), L. 12 pr. de legat. I, wo

13) In dieſer Stelle iſt die gewöhnliche Interpunktion, wie ſie ſich namentlich im Kriegel'ſchen corpus iuris findet, durchaus verwerflich. Das et vor ut maxime rel. entſpricht dem vorhergehenden neque und leitet das zweite, in dem Satze „ne post aditam quidem hereditatem Titii factus est" enthaltene Glied der Begründung ein. Die Worte von ut maxime bis eo nomine ſind eine Parentheſe, welche den möglichen (von Sabinianiſcher Seite vergl. Gai IV, 78, — L. 18 de furtis — zu erwartenden) Einwand angibt, weswegen der Juriſt überhaupt die Beifügung jenes zweiten Grundes für nöthig hält. Man muß alſo leſen: A Titio herede homo Seio legatus ante aditam hereditatem Titio furtum fecit; si adita hereditate Seius legatum ad se pertinere voluerit, furti eius servi nomine aget cum eo Titius, quia neque tunc, quum faceret furtum, eius fuit, et — ut maxime quis existimet, si servus esse coeperit eius, cui furtum fecerat, tolli furti actionem, ut nec, si alienatus sit, agi possit eo nomine — ne post aditam quidem hereditatem Titii factus est, quia ea, quae legantur, recta via ab eo, qui legavit, ad eum, cui legata sunt, transeunt.

14) Puchta Inſt. I §. 99 u. Rudorff Röm. Rechtsgeſch. I S. 177 vermuthen zwar, er ſei Sabinianer geweſen, weil er einmal den Julian als noster bezeichnet, allein L. 59 cit. iſt dieſer Anſicht nicht ſehr günſtig, indem

Pomponius eine Anſicht des Proculus offenbar mit deſſen eigenen Worten mittheilt („si voluero eam rem ex meo legato ad me pertinere: ut tota mea sit, ex hereditario legato petere eam posse Proculus ait“). Auch die Aufnahme dieſer Stellen aber war um ſo unbedenklicher, als ja, wie wir geſehen haben, ſelbſt die Sabinianer mitunter ſich einer ähnlichen Ausdrucksweiſe bedienen.

Nimmt man hiezu noch die im §. 2 angedeuteten praktiſchen Rückſichten, ſo kann an der Richtigkeit der herrſchenden Lehre auch nicht der mindeſte Zweifel übrig bleiben.

Die vorſtehenden Erörterungen mögen beweiſen, daß ich doch nicht ſo ganz ungenau geweſen und nicht ſo ganz ohne Kenntniß und Beachtung der Dogmengeſchichte zu Werke gegangen bin, als es Herrn Dietzel beliebt hat, mir vorzuwerfen. Zugleich mögen ſie dazu beitragen, deſſen Gründlichkeit und Gewiſſenhaftigkeit in das richtige Licht zu ſetzen. Es möchte Herrn Dietzel in ſeinem eigenen Intereſſe zu empfehlen ſein, ſich inskünftige, bevor er Andere zu „berichtigen“ unternimmt, doch vorerſt ſelbſt einigermaßen über den treffenden Gegenſtand zu unterrichten. Mir gegenüber hat er freilich dieſe Vorſicht nicht weiter vonnöthen; denn er mag mich fortan kritiſiren und „berichtigen“ wie und wo er will: ich verſpreche ihm, in keiner Weiſe mehr darauf zu antworten.

II.

Können veräußerte Dotalgrundſtücke durch den Mann ſelbſt während der Ehe vindicirt werden?

Wenn der Ehemann Dotalgrundſtücke veräußert, ſo iſt zufolge der Lex Iulia de fundo dotali die Veräußerung nichtig, und es können daher dem neueſten Rechte gemäß (L. 30 C. de iure dot. 5, 12) die Frau oder deren Erben nach Trennung der Ehe (oder bei Verarmung des Mannes) das veräußerte Grundſtück von dem

---

dies gerade diejenige Stelle iſt, welche unter allen mir bekannten am deutlichſten von der Proculianiſchen Lehre auszugehen ſcheint.

Beſitzer vindiciren. Ob aber auch dem Mann ſelbſt während der Ehe die Vindication zu geſtatten ſei, darüber herrſcht Streit. Die bejahende Meinung war von jeher die herrſchende und darf wohl jetzt noch als die überwiegende bezeichnet werden [1]). Doch iſt auch ſchon früh das Gegentheil vertheidigt worden [2]), und in neuerer Zeit haben ſich dafür wieder manche nicht ungewichtige Stimmen erhoben [3]). Ich kann nur dieſe zweite Meinung für richtig halten und will dies nun im folgenden zu begründen ſuchen.

I.

Wenn die Veräußerung eines Dotalgrundſtückes ganz unbedingt und für alle Fälle nichtig wäre, ſo könnte freilich kein Zweifel ſein, daß auch der Mann ſelbſt während der Ehe müßte vindiciren können, indem der etwaigen exceptio rei venditae et traditae entſchieden eine replicatio ex lege Iulia gegenübertreten würde. Allein jene Prämiſſe iſt eben nicht vorhanden. Das Verbot der Lex Iulia iſt einzig aus Rückſichten auf die Frau und deren Erben hervorgegangen; es hat einzig den Zweck, die Frau gegen die Gefahr von Verluſten zu ſichern, welche ihr aus der Veräußerung von Dotalgrundſtücken erwachſen könnten. Darum leidet das Veräußerungsverbot keine Anwendung, wenn die Frau oder deren Erben von vornherein gar keine Anwartſchaft auf Rückfall der Dos haben (L. 3 §. 1 de fundo dot. 23, 5), und die Veräußerung convaleſcirt, wenn jene Anwartſchaft zwar vorhanden war, aber die Dos dennoch nachträglich nicht an die Frau oder deren Erben fällt, namentlich alſo wenn ſie beim Abſterben der Frau während der Ehe als lucrum dem Mann verbleibt (L. 17 eod., L. 42 de usucap. 41, 3). Ferner tritt Convaleſcenz ein, wenn

1) Aeltere Juriſten ſ. bei Glück XXV S. 404 Anm. 93; außerdem vgl. Vangerow Lehrbuch der Pand. §. 217 Anm. 3, Sintenis das prakt. gem. Civilrecht III S. 39, Arndts Lehrbuch (3. Aufl.) §. 402 Anmerkung 4.

2) Glück XXV S. 402.

3) Wening-Ingenheim Lehrbuch des gem. Civilrechtes (5. Aufl.) III S. 33 bei Note 9, Thibaut Syſtem des Pand.-R's. 8. Ausg. §. 34. a. E., Puchta Vorleſungen II S. 259, Bachofen Ausgew. Lehren des Civilr. (1848) S. 108 ff.

die Veräußerung von der Frau oder deren Erben nach Auflöſung der Ehe arg. L. un. §. 15 C. de rei uxor. act. 5, 13; im vorjuſtinianeiſchen Recht ohne Zweifel auch ſchon während der Ehe) genehmigt wird (arg. L. 77 §. 3 de legat. II (31). (Vgl. Arndts Lehrbuch der Pand. §. 402.

Es erhellt, daß die Veräußerung ſehr häufig convaleſciren kann, und vor Juſtinian mußte dies noch häufiger geſchehen, indem bei Trennung der Ehe durch den Tod der Frau die Dos regelmäßig beim Mann blieb, und nur bei der dos profecticia oder in Folge beſonderer Verabredung ein Anderes eintrat. Ja die Möglichkeit der Convaleſcenz iſt ſogar immer vorhanden, da ja immer die Veräußerung von der Frau oder deren Erben nachträglich gebilligt werden kann.

Setzen wir aber die Möglichkeit der Convaleſcenz und geben dennoch dem Mann während der Ehe die Vindication: ſo kommen wir ſofort zu den erheblichſten praktiſchen Bedenken. Angenommen der Mann macht von ſeinem Vindicationsrechte Gebrauch und bekommt dadurch das Grundſtück wieder in ſeine Hand, ſpäter erfolgt Convaleſcenz der Veräußerung: wie ſoll ſich denn nun der Käufer verhalten? Soll er jetzt erſt nochmals gegen den Mann, ſeinen Verkäufer klagen müſſen? Und wenn etwa dieſer das Grundſtück zum zweitenmale veräußert hätte, ſoll dann gar der erſte Käufer genöthigt ſein, gegen den zweiten die Vindication zu gebrauchen, um ſein Grundſtück wieder zu erhalten? Oder hat er dieſem gegenüber gar keine Klage (und freilich wäre ſchwer abzuſehen, wie er unter den obwaltenden Umſtänden eine Vindication juriſtiſch begründen wollte); ſteht es alſo dem Ehemann frei, ſogar in Ausſicht einer möglichen Convaleſcenz, das von ihm ſelbſt dem Käufer eingeräumte Recht rein nach Willkür und zwar definitiv wieder zu vereiteln?! Viel einfacher und natürlicher, ſollte man meinen, wäre es doch, den Käufer einſtweilen im Beſitze zu laſſen, bis ſich entſchieden hat, ob die Veräußerung convaleſcirt, oder nicht, und erſt dann, und nur wenn die Entſcheidung im zweiten Sinn ausgefallen iſt, eine Vindication zu geſtatten. Damit ſcheint es, wäre allen Intereſſen auf das beſte und vollkommenſte Rechnung getragen.

II.

Welche der beiden Meinungen praktiſch den Vorzug verdient, kann hienach keinem Zweifel unterliegen. Wir wollen nun ſehen, wie es ſich in theoretiſcher Beziehung verhält.

Man pflegt die bejahende Anſicht damit zu begründen, daß ja doch die Veräußerung nichtig ſei und alſo der Mann Eigenthümer bleibe. Sonach ſei denn aber gar kein Grund abzuſehen, ihm die Eigenthumsklage zu verſagen; denn der etwaigen exc. rei traditae von Seiten des Erwerbers würde immer die replicatio ex lege Iulia entgegenſtehen. Auch die künftige Möglichkeit der Convaleſcenz könne nicht jetzt ſchon eine doli exceptio gegen den Mann begründen, zumal dieſer für Erhaltung des Grundſtücks noch verantwortlich ſei (Vergl. Vangerow und Arndts a. d. a. O.).

Allein dieſe Argumentation beruht lediglich auf einer zwar ganz durchgängigen, aber dennoch durchaus ſchiefen und ſogar innerlich unmöglichen Auffaſſung der Convaleſcenz. Ein Rechtsgeſchäft iſt nichtig (negotium nullum est), d. h. es iſt juriſtiſch gar kein Geſchäft vorhanden, es kann höchſtens der äußere trügeriſche Schein eines ſolchen beſtehen; eine nichtige Veräußerung z. B. iſt eben juriſtiſch keine Veräußerung. Nun ſoll es möglich ſein, daß ein in dieſer Art nichtiges Geſchäft ſpäter durch Wegfall des Hinderniſſes, das deſſen Gültigkeit urſprünglich entgegenſtand, zu Kräften käme und gültig würde! Zu Kräften kommen kann doch erſichtlich nur etwas, was wenigſtens exiſtirt; bei dem, was nicht exiſtirt, kann höchſtens von einem Exiſtentwerden die Rede ſein. Dazu gehören dann aber offenbar alle dafür erforderlichen regelmäßigen Bedingungen; daß ſchon vorher ein vergeblicher Verſuch gemacht worden iſt, kann natürlich keinen Unterſchied machen. Am wenigſten kann der bloſe Wegfall des Umſtandes, der früher das Exiſtentwerden des Rechtsgeſchäftes hinderte, für ſich allein genügen, um dasſelbe ins Daſein zu rufen; vielmehr ſind dadurch erſt die Bedingungen hergeſtellt, unter denen ein — aber verſteht ſich mit allen ſonſtigen Erforderniſſen — wiederholter Verſuch glücken wird. Wenn alſo wirklich ein Rechtsact ein für allemal nichtig

iſt, ſo kann keine andere Wahl bleiben, als denſelben nach Beſeitigung des Hinderniſſes nochmals vorzunehmen.

Die Fälle der Convaleſcenz dagegen können nur ſo gedacht werden: Es iſt zunächſt noch ungewiß, ob das Geſchäft gültig oder ungültig iſt; erſt die ſpätere Geſtaltung eines gewiſſen Umſtandes wird darüber entſcheiden. Wir haben es alſo auch hier mit einer der mannigfaltigen Anwendungen der ſ. g. Pendenz zu thun.

Und ſo verhält es ſich denn nun auch wirklich bei Veräußerung von Dotalgrundſtücken durch den Mann. Das Veräußerungsverbot iſt blos im Intereſſe der Frau bezw. deren Erben erlaſſen; es hat blos zum Zweck, dieſe Perſonen wegen ihrer Anſprüche zu ſichern. Es tritt daher nicht ein, wenn die Dos nicht an die Frau oder deren Erben fällt, eine ſolche Sicherung alſo nicht erforderlich iſt. Iſt dies nun von vornherein gewiß, hat alſo die Frau oder deren Erbe nicht einmal eine Anwartſchaft auf Rückfall der Dos, ſo iſt auch von vornherein gewiß, daß die Veräußerung gültig iſt (L. 3 §. 1 de fundo dot. 23, 5). Herrſcht aber zunächſt noch Ungewißheit darüber, ob die Dos an die Frau bezw. deren Erben fallen wird, oder nicht; ſo iſt damit auch die Gültigkeit oder Ungültigkeit der Veräußerung noch im ungewiſſen, und erſt die ſpätere Geſtaltung der Ereigniſſe wird darüber entſcheiden. Bleibt die Dos nachträglich als lucrum bei dem Mann zurück, ſo erweiſt ſich nunmehr, daß die Veräußerung von Anfang an gültig und rechtsbeſtändig war (L. 17 cod., L. 42 de usucap. 41, 3 vgl. L. 10 fin. de fundo dot. 23, 5). Ebenſo verhält es ſich, wenn die Veräußerung nachträglich von der Frau oder deren Erben gutgeheißen wird; denn das Geſetz will dieſen Perſonen nur ein Sicherungsmittel an die Hand geben, deſſen Gebrauch im übrigen ihrem eigenen Ermeſſen anheimgeſtellt iſt. — Man kann demnach, um ſich dem Sprachgebrauche der Römer möglichſt nahe anzuſchließen, ſagen: Die Veräußerung von Dotalgrundſtücken durch den Mann iſt nichtig, aber nur unter der iuris conditio (im Sinn von L. 42 §. 10 de aedil. ed. 21, 1), daß die Dos an die Frau oder deren Erben fällt, und daß dieſe Perſonen die Nichtigkeit geltend machen wollen. (Was man gegen die Annahme einer ſ. g. relativen Nichtigkeit vorgebracht hat, trifft die hier vorgetragene Auffaſſung offenbar nicht).

Iſt nun aber in den Fällen, wo die Gültigkeit der Veräußerung nicht von vornherein definitiv feſtſteht, deren Ungültigkeit vorerſt noch unentſchieden (in pendenti): ſo folgt daraus ganz von ſelbſt, daß man dem Mann inzwiſchen die Vindication nicht geſtatten kann. Dieſe Conſequenz iſt nicht nur für andere Fälle der Pendenz unzweideutig ausgeſprochen (Vgl. L. 43 §. 10 cit. verb.: Nam, dum incertum est, ex cuius re pretium solvat, pendet, cui sit acquisitum; et ideo neutri eorum redhibitoria competit; ſ. auch L. 80, 83 de iure dot. 23, 3 und Fitting in Goldſchmidt's Zeitſchrift f. Handelsrecht II S. 257), ſondern ſie geht auch ſchon aus der einfachen praktiſchen Erwägung hervor, daß ja während jenes Schwebezuſtandes der Kläger ganz und gar außer Stande ſein würde, ſein Eigenthum zu beweiſen. Der beklagte Käufer vertheidigt ſich nämlich gegen die Vindication des Ehemanns nicht durch exc. rei venditae et traditae oder exceptio doli, wie man bisher angenommen hat, ſondern durch Verneinung des klägeriſchen Eigenthums mit Berufung auf die geſchehene Veräußerung, eine Verneinung, welche der Kläger durchaus nicht im Stande iſt, in erfolgreicher Weiſe zu brechen. Denn zum mindeſten muß zugegeben werden, daß es ungewiß iſt, ob er oder der Käufer jetzt Eigenthümer ſei; in dieſem Zweifel muß aber die Regel Platz greifen: In pari causa melior est conditio possidentis.

IX.

Ueber das Conſtitutum.

Von

Herrn Dr. Fuchs,
Profeſſor in Marburg.

Zu den Ausnahmen von der römiſchrechtlichen Fundamentalregel nuda pacta obligationem non pariunt gehören mehrere formloſe Vereinbarungen, denen der Prätor in ſeinem Edikte Klagbarkeit verliehen hat, darunter als die wichtigſte das Conſtitut, das